



Roj: **AAP M 682/2024 - ECLI:ES:APM:2024:682A**

Id Cendoj: **28079370262024200191**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **26**

Fecha: **21/02/2024**

Nº de Recurso: **2010/2023**

Nº de Resolución: **333/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Autos de violencia sobre la mujer**

Ponente: **MIGUEL ANGEL FERNANDEZ DE MARCOS MORALES**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 26 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 10 - 28035

Teléfono: 914934479

Fax: 914934482

GRUPO TRABAJO HRN

audienciaprovincial_sec26@madrid.org

37051030

N.I.G.: 28.096.00.1-2023/0007946

Apelación Autos Violencia sobre la Mujer 2010/2023

Origen:Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 03 de Navalcarnero

Diligencias previas 579/2023

Apelante: D./Dña. Balbino

Letrado D./Dña. RUBEN INSUA JURADO

Apelado: MINISTERIO FISCAL

AUTO N° 333/2024

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

ILTMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS:

Dña. Teresa Arconada Viguera (Presidenta)

Dña. Araceli Perdices López

D. Miguel Fernández de Marcos y Morales (Ponente)

En Madrid, 21 de febrero de 2024.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por abogado en representación de Balbino , se interpuso recurso de apelación contra el Auto de fecha 09.06.23 dictado en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Navalcarnero, por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez D. Pedro Duque Rodríguez, en las Diligencias previas de procedimiento abreviado nº 579/2023 del que se dio traslado al Ministerio Fiscal, y a otras partes personadas.

SEGUNDO.- El recurso de apelación contra el auto de 09.06.23 se elevó a esta Audiencia Provincial de Madrid, y admitido a trámite, se señaló día para la deliberación y votación del citado recurso, acto que tuvo lugar el



día de la fecha, designándose como Ponente al Ilustrísimo Sr. Magistrado Don Miguel Fernández de Marcos y Morales, que expresa el unánime parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por abogado en nombre del investigado Balbino se interpone recurso directo de apelación contra auto de 09.06.23 del Juez del Juzgado Mixto 3 de Navalcarnero (DP 579/2023), que acuerda orden de protección en favor de Adoracion . Alega falta de concurrencia de los requisitos suficientes para adoptar las medidas de protección del art. 544 ter LECrim. Afirma que la motivación de un riesgo para la salud psíquica de la destinataria se alcanza sin que se haya aportado por la denunciante ningún informe psicológico ni parte de lesiones en donde se indique dicho aspecto. Que más allá de las supuestas manifestaciones de la denunciante, acerca de su temor a entablar relación con otros chicos, no existe prueba alguna sobre una posible afectación a la salud psíquica de la denunciante. Que el resultado de la Valoración Policial del Riesgo no da un resultado de riesgo alto. Que no habiendo forma alguna de probar ese padecimiento psicológico con el que se justifica la situación de riesgo, entiende que no existe esa situación objetiva de riesgo, necesaria para la adopción de unas medidas de protección y limitativas de la libertad de tal calado. Que no consta documento alguno que justifique ese padecimiento psicológico al que alude la denunciante, tampoco existe documento probatorio alguno entre los aportados por la misma denunciante, en donde le comunique al denunciado/ahora recurrente, de forma previa, que no quiera mantener más contacto o que deje de contactarle. A tener en cuenta es el hecho de que la propia denunciante ha reconocido no haber sido objeto de ninguna agresión ni amenaza por parte del investigado, al que tampoco ha denunciado en ninguna ocasión por temas relacionados con la violencia de género, del mismo modo, no consta que haya existido episodio violento o agresivo alguno, ni existen antecedentes de ningún tipo del investigado. Interesa se revoque dicha resolución y las medidas cautelares penales que contiene.

La Fiscal, por escrito de 12.07.23, impugna el recurso, considerando el Auto recurrido es ajustado a Derecho. Que existen indicios racionales de delito y una situación de riesgo para la perjudicada, siendo todo ello analizado y argumentado en el Auto recurrido. Que el Auto, lejos de ser arbitrario o con falta de motivación, lo que hace es recoger el contenido de las declaraciones vertidas por la denunciante, y valorar la existencias de un riesgo para la integridad psíquica de la perjudicada, siendo necesaria la orden para poner freno a la situación que ha sido denunciada, entendiéndose que la medida es el medio proporcionado y necesario para ello, atendiendo a todo lo relatado y a la credibilidad que se ha dado a la versión de la denunciante. Entiende el Ministerio Fiscal que el Auto recurrido, lejos de ser contrario a Derecho o vulnerar algún derecho fundamental, lo que hace es cumplir con las exigencias legales de recoger todo los hechos denunciados y valorar el Juez según su leal entender, los delitos de los que pudieran ser constitutivos, y apreciar la existencia de un riesgo para la perjudicada y la necesidad de adoptar la orden como medida proporcionada y justificada en el presente caso. interesa la confirmación de la resolución recurrida.

No constan alegaciones por en nombre/representación de la denunciante Adoracion (f 45), ni nota/diligencia de su realización/unión/remisión.

SEGUNDO.- El Juez del Juzgado Mixto 3 de Navalcarnero en su auto de 09.06.23 (DP 579/2023), considera:

TERCERO. Indicios fundados de delito.

Adoracion declara que el pasado mes de diciembre puso fin a su relación de 7 años con Balbino . Según ella, Balbino no ha aceptado la ruptura y desde entonces la somete a un acoso continuo a través de Whatsapp, Instagram, Bizum o llamadas telefónicas a pesar de que ella le ha comunicado de manera clara que no quiere tener ningún contacto con él. Así, por ejemplo, explica que Balbino se ha hecho numerosos perfiles en Instagram para contactar con ella, le pide o le envía pequeñas cantidades de dinero (50 céntimos) a través de Bizum para poder escribirle mensajes o la llama en numerosas ocasiones con número oculto. El hecho determinante que la ha llevado a solicitar medidas de protección es que, a pesar de haberle dejado clara su voluntad, el pasado jueves Balbino se puso en contacto con ella a través de Instagram porque se había enterado de que tenía un perfil en Tinder y la llamó "puta" por este motivo. El investigado sostiene que su relación no terminó en diciembre de 2022, sino que lo hizo en diciembre de 2021 y que lo que sucede es que durante este año han seguido hablando y es posible que ella pensara que la relación continuaba hasta que en el mes de diciembre de 2022 se enteró de que él estaba con otra chica. Desde entonces ella le bloqueó en redes sociales y whatsapp, pero a veces le desbloquea, le dice cosas y después le vuelve a bloquear impidiéndole así contestar. Por eso, trata de ponerse en contacto con ella por otros medios.

El investigado ha reconocido, al menos parcialmente, que ha intentado contactar por todos los medios posibles con la denunciante. No es posible corroborar su afirmación de que es Adoracion la que se pone en contacto con él porque después de celebrar la comparecencia del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal



ha reconocido, a preguntas de este instructor, que no conserva los mensajes que ella le habría enviado porque los ha borrado. En todo caso, el hecho de que se haya creado varios perfiles en Instagram, que haya llamado a la denunciante con número oculto o que le haya enviado varios mensajes a través de Bizum pidiéndole dinero sólo para poder contactar con ella no resultan normales y constituyen indicios de la existencia del delito de acoso denunciado que se encuentra previsto en el artículo 172 ter 2º del Código Penal que sanciona a quien "acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere el desarrollo de su vida cotidiana: 2º) Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas."

CUARTO.- Situación objetiva de riesgo.

Sería incoherente y contradictorio considerar que existen indicios de la comisión de un delito de acoso y, al mismo tiempo, concluir que no existe un riesgo para, al menos, la salud psíquica de la destinataria de tal acoso. En todo caso, la conducta del investigado ha obligado a la denunciante a modificar sus conductas hasta el punto de que, según ella, ha tenido que cambiar su domicilio y teme entablar relación con otros chicos ya que, según declara, su expareja ha llegado a agredir a uno por hacerlo. Ello le causa un padecimiento psicológico que existe una alta probabilidad de que pueda ir a más si se permite que el investigado pueda mantener contacto con ella ya que ello posibilitaría que continuara con la situación de acoso. Por todo ello, se aprecia una situación objetiva de riesgo para la denunciante que es necesario tratar de conjurar con las medidas cautelares penales que se han solicitado.

QUINTO.- Contenido de las medidas y naturaleza cautelar.

Se mantiene la prohibición de aproximación del investigado a menos de 500 metros de la denunciante, de su domicilio actual o cualquier otro temporal o futuro que pueda tener y de su lugar de trabajo, así como la de comunicarse con ella. Estas medidas estarán en vigor durante toda la tramitación del procedimiento hasta que sean sustituidas por otras o dejadas sin efecto por el órgano que resulte competente. Se aclara que las medidas cautelares que se adoptan, fundadas sobre todo en afirmaciones de parte que tendrán que someterse a una futura actividad de prueba, responden a la conveniencia de evitar la mera posibilidad, por remota que fuere, de que ocurran sucesos de similar o mayor gravedad que los presuntamente ocurridos, lo que implica la salvaguarda de bienes jurídicos (vida, integridad física, sensación personal de seguridad y sosiego psíquico de la víctima) de superior entidad que el que aquí se restringe. Ahora bien, estas medidas no prejuzgan en modo alguno la realidad de los hechos denunciados, la culpabilidad del investigado o su peligrosidad social, quedando exclusivamente subordinados sus efectos a la finalidad de prevención perseguida por la Ley.

TERCERO.- Desde lo expuesto, procede recordar que el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por Ley 14/1999 de 19 de junio, y modificado su último párrafo por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, dispone que: En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

En relación a las medidas de alejamiento es necesario, que se esté investigando un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, o existan indicios fundados de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código penal, así como que exista un peligro para la víctima, y que sea estrictamente necesaria a fin de protección de la misma, siendo así que a los efectos de determinación del peligro, deben evaluarse los antecedentes existentes en la causa, de los que se pueda inferir que el denunciado puede seguir cometiendo hechos violentos atentatorios contra la integridad física o moral de la víctima, con objeto de determinar si es necesaria la medida con objeto de evitar nuevos actos de agresión.

La afectación a derechos fundamentales de la persona a la que se imponen (como son los derechos a la libertad deambulatoria, y a la presunción de inocencia, en sus dos vertientes tradicionales: reglas de juicio y de tratamiento), requiere que cualquier decisión que se adopte por parte del Juez además de cumplir el deber general de motivación (expresivo de las razones jurídicas que le han movido a adoptar la decisión), se pondere específicamente la adecuación de la medida desde la contemplación de los riesgos que con ella se quieren conjurar, lo que exige un análisis específico del "fumus boni iuris" de que el riesgo puede ser conjurado (teniendo en cuenta la proporcionalidad) mediante el alejamiento de la persona a quien se imputan indiciariamente unos hechos graves, de la o las personas sobre las que se temen ataques a su vida, a su



integridad física, a su libertad y al resto de los bienes jurídicos expuestos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el art. 57 CP.

A los efectos de determinación del peligro, deben evaluarse los antecedentes existentes en la causa, de los que se pueda inferir que el denunciado puede seguir cometiendo hechos violentos atentatorios contra la integridad física o moral de la víctima, con objeto de determinar si es necesaria la medida con objeto de evitar nuevos actos de agresión.

Es dable recordar que la tramitación de la medida cautelar solicitada está presidida por el principio de celeridad, pues, recibida la solicitud por el/la Juez de guardia, "convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor..." (artículo 544 ter 4 LECr), y celebrada la audiencia, sin que se contemple una fase probatoria, "resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore". Significa ello que el/la Juez de guardia ha de adoptar la decisión que considere adecuada a la vista de lo que los comparecientes manifiesten, siendo que, en una gran mayoría de los casos, no dispondrá de otros elementos más que esas manifestaciones, prestadas con inmediatez y desde la inmediación (de la que esta Sala está privada), lo que aboca a que, salvo que se constate un error manifiesto, de hecho o de derecho, que no es el caso, la decisión adoptada por el/la Juez en funciones de guardia procede ser respetada.

CUARTO.- La Sala de Apelación ha venido, motu proprio, en conocimiento del posterior dictado de auto de 19.09.23 por el Juez a quo, siendo su relato fáctico: *Adoracion y Balbino mantuvieron una relación durante varios años que, según Adoracion , finalizó en diciembre de 2022 y, según Balbino , en diciembre de 2021. Desde el mes de diciembre de 2022 Balbino ha intentado contactar continuamente con Adoracion a través de Whatsapp, Instagram, Bizum o llamadas telefónicas llegando para ello a crear diversos perfiles en Instagram a pesar de que ella le ha comunicado de manera clara que no quiere tener ningún contacto con él. Asimismo, ha llegado a pedir y a enviar a Adoracion pequeñas cantidades de dinero (50 céntimos) a través de Bizum para poder escribirle mensajes y el jueves 1 de junio de 2023 se puso en contacto con ella a través de Instagram porque se había enterado de que tenía un perfil en Tinder y la llamó "puta" por este motivo.*

Consta asimismo escrito de acusación por el Ministerio Público por presuntos delitos de acoso (art. 172 ter 1- 2º y 2 CP), y delito leve de vejaciones (art. 173.4 CP).

Lo anterior se expone por cuanto -sea dicho sin ánimo de prejuzgar y sí y sólo de resolver el recurso interpuesto- se compadece con un fortalecimiento del inicial plano indiciario tenido en consideración al tiempo del dictado de la resolución que se recurre.

Lo anterior sin que proceda obviar que la VPR al tiempo de su dictado lo es de riesgo medio (f 29).

La denunciante relató sede de GC, el 04.06.23, que, tras 7 años, la relación terminó en diciembre de 2022. Que el acoso que está recibiendo es vía telefónica, WhatsApp, Bizum, y redes sociales aportando imágenes. Que desde el mismo momento que decidió finalizar con la relación sentimental, la denunciante le manifestó que no tenía intención de volver con él y que por favor la dejase en paz, bloqueándole todas las cuentas tanto de Instagram, como de WhatsApp, etc. Que tras estos hechos, Balbino se ha ido creando numerosas cuentas de Instagram para poder comunicarse con la denunciante, siendo todas ellas bloqueadas por la misma manifestándole antes de estos hechos que por favor le deje en paz. Que en alguna ocasión le ha escrito que se iba a presentar en su trabajo para hablar con ella, no habiéndose presentado él, pero sí amigas de Balbino , las cuales la increparon. Que la denunciante se abrió un perfil en la aplicación Tinder para conocer a personas y el investigado localizó su perfil manifestando que: Eres una payasa, Mira lo que me mandan, No te da vergüenza, mandándole también un audio, que puede aportar, diciéndole que se iba a presentar en su casa para que le explicase lo que estaba haciendo. Que Balbino ha amenazado a personas con las cuales la denunciante ha tratado de mantener algún tipo de relación, llegando a agredir a alguno, pudiendo aportar los datos de esta persona, pero que desconoce si la misma ha denunciado estos hechos. Que a través de la aplicación Bizum le realiza devoluciones de cantidades en torno a 50 céntimos, con la finalidad de comunicarse con la denunciante. Que del mismo modo el denunciando le ha solicitado cantidades de dinero mediante la misma aplicación, con la misma finalidad, sólo para tratar de contactar con la denunciante, para reanudar la relación sentimental. Que no ha sufrido amenazas, sí menosprecios e insultos. Tal relato se ve acompañado de impresiones de comunicaciones en Bizum, varias cuentas bloqueadas, varias llamadas desde números ocultos...

En fase de instrucción (grabación declaración), refiere que lo que denuncia es acoso por redes sociales, por Bizum, por llamadas telefónicas, que él no para. Que él, si no la encuentra por un sitio, la encuentra por otro. Que ayer le llamó tres veces y por la tarde un Bizum llamándole chica Tinder. Que sus amigos también le buscan y por eso se ha privatizado su perfil.



El investigado/ahora recurrente (grabación declaración), vino a manifestar que la relación se rompió en diciembre de 2021. Que es cierto que ha intentado contactar con ella de la manera que fuese, para hablar con ella. Que le dejaba con la palabra en la boca, que se crea perfiles falsos en Instagram, Bizum. Que ella le ha manifestado que no quería que él la hablara. Realizó algunas llamadas desde perfil oculto, porque un amigo suyo le dijo que en Tinder se encontró un perfil de ella. Que sí se podría decir que la recriminaba....

La decisión recurrida fue dictada, al tiempo en que lo fue, desde la intermediación, deviniendo en razonada, sin que, en el referido contexto y acervo, las alegaciones del ahora recurrente justifiquen ni, desde luego, acrediten datos que, en los términos legal y jurisprudencialmente exigibles, determinen que se haya apartado arbitrariamente, de manera infundada, de la lógica, de los conocimientos científicos o de las máximas de experiencia, ni distinta decisión a la adoptada en la instancia.

Aun para en el supuesto de plantearse la cuestión en base a existencia de testimonios enfrentados y/o aun contradictorios, los tales testimonios (STS 2ª 26.10.01), es dable recordar que no necesariamente suponen ni conllevan su neutralización, debiendo ser valorados en el órgano de instancia en lo referido a su veracidad y credibilidad bajo los principios de contradicción y de intermediación, lo que así ha acaecido en el caso que nos ocupa por el Juez a quo, en exposición razonada y razonable.

En el contexto relatado, la situación de riesgo, al tiempo del dictado de la resolución que se recurre, resulta deducible de la propia conducta denunciada como desplegada por el investigado/ahora recurrente, siendo la situación denunciada y sufrida, prolongada en el tiempo y en los medios, pudiendo ser neutralizada con la orden que se adoptó, orden que si bien es cierto supone una restricción de derechos para el ahora recurrente, en absoluto supone ni conlleva, y, desde luego, no se acredita, el grado de aflicción de otras medidas privativas de derechos. Es por ello que, sin perjuicio del devenir de la instrucción, deberá estarse a lo que se acordará.

QUINTO.- Las costas devengadas en esta instancia se declaran de oficio, vistos los arts. 240 LECr y concordantes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA

La Sala Acuerda DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por abogado en nombre de Balbino contra auto de 09.06.23 del Juez del Juzgado Mixto 3 de Navalcarnero (DP 579/2023), declarando de oficio las costas devengadas en la presente alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, a las que se hará saber las indicaciones que contiene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo llévense a efecto las anotaciones, inscripciones, comunicaciones y/o remisiones, en el modo y en los términos normativamente establecidos, a las personas y/o a/en los órganos correspondientes, con arreglo a la normativa vigente.

Contra el presente no cabe recurso.

Así por este nuestro auto lo acordamos, mandamos y firmamos.